

複数行為による結果惹起における 問責対象行為の特定

仲 道 祐 樹

はじめに

第一章 行為概念の再検討—行為の意味の観点から—

第一節 行為論と行為の意味

第一款 行為論の概観

第一項 因果的行為論

第二項 目的的行為論

第三項 社会的行為論

第四項 人格的行為論

第二款 行為の意味に関する二つのアプローチ

第二節 行為者主観による意味付けの必要性

第二章 行為概念の規範論的基礎

第一節 刑法の機能と行為規範論

第二節 行為規範の作用対象と行為の個数

第一款 行為規範の作用対象

第二款 行為の個数

第三節 小 括

第三章 判例の評価と残された問題

第一節 判例の処理に対する評価

第一款 ベランダ転落死事件

第二款 クロロホルム事件

第三款 シャクティ治療事件

第二節 残された問題

第一款 行為の意味の客觀的把握

第二款 主觀的違法論との相違

おわりに

はじめに

本稿の目的は、行為概念に関する諸見解を、「行為の意味」という観点から改めて検討し、そこから、同一行為者の複数行為による結果惹起（以下、単に「複数行為による結果惹起」とする場合がある）における故意犯の問責対象行為の特定基準を得ることである。

近時わが国の判例に現れた複数行為による結果惹起の事例では、同一行為者の第一行為と第二行為が問題とされつつも、両者が「一連の行為」であるとされ、実行行為性が認められる場合があるが、その「一連の行為」にいかなる理論的根拠があるかは明らかではない。⁽¹⁾わが国の通説は、この問題に実行行為概念を用いてアプローチしてきた。しかし、実行行為概念は、結果をも含めた行為の全体的意味を問題とする構成要件論を背景としていたため、問責対象となる狭義の行為の意味をいかにして把握するべきかという観点からの検討が不充分であったように思われる。⁽²⁾行為が外界に及ぼした意味を認識するためには、行為が結果と因果連関を有さなければならず、そのためには、行為を結果と切り離れた上で、因果関係判断を行う必要がある。そして、そのためには、（条件関係を前提とする場合）起点ないし基点となる狭義の行為を、何らかの意味のレベルで事象から選別・特定し、これを仮定的に消去するという手続を踏まなければならないのである。以上のような理解からすれば、行為が外界に及ぼした意味を把握するためには、行為自体が有する意味を何らかの形で把握しなければならないということが論理的に要求される。⁽³⁾

狭義の行為、およびその意味をいかに把握するべきかという議論は、刑法上重要な行為は何かという形で、行為論の領域で行われてきた。以下ではま

ず、従来の行為論を概観し、それぞれの行為概念が、行為の意味をどのように把握してきたかを検討する（第一章）。そこで得られた知見をもとに、刑法の観点から見て妥当と思われる問責対象行為の特定基準を提示する（第二章）。最後に、近時問題となった判例を素材に私見を敷衍し、私見に対して想定される批判に答える（第三章）。

第一章 行為概念の再検討—行為の意味の観点から—

第一節 行為論と行為の意味

行為概念を刑法においてはじめて用いたのは、ヘーゲル学派の論者達であるといわれている。しかし、そこでの行為概念は犯罪と同義であり、体系上独立の地位を占めるものではなかった。犯罪論体系として行為に独立の地位が与えられたのは、いわゆるリスト＝ベーリング体系登場後であるとされて⁽⁴⁾いる。その後、因果的行為論、目的的行為論、社会的行為論、人格的行為論といった見解が主張されることとなった。本節ではそれぞれの見解を紹介し、行為の意味の把握に関して、社会的外界への作用を重視するものと、行為者主観を重視するものが存在することを明らかにしたい。

第一款 行為論の概観

第一項 因果的行為論

自然主義の見地から、行為を、意思を起点とした因果系列の一要素として把握しようとしたのが因果的行為論である。この見解は、行為を「意思に基づく身体⁽⁵⁾の動静」、あるいは「意思に担われた外界への態度⁽⁶⁾」と定義する。この定義において要求されているのは、「意思に基づく」こと、すなわち有意性と、「身体⁽⁵⁾の動静」、すなわち有体性である。そして、この両者が原因と結果の関係に立つことが必要であるとしており、意思内容は行為論において⁽⁷⁾は問題とならず、故意の問題であるとする⁽⁸⁾。

もっとも、行為の意味の判断基準が、この定義から一義的に導き出される

わけではない。正確に言えば、この見解の主眼は、行為が因果経過の一因子であるとする点にあり、行為の意味という点にはないのである。また、因果的行為論にとっては、行為をどのように記述するか、一つの行為としての記述か複数の行為としての記述かという点も関心事ではないと評価されている⁽⁹⁾。それゆえ、この見解について行為の意味を問題とすることには慎重でなければならないが、定義上、有意性が有体性のいずれかに照準を合わせることによって行為の意味を判断することは可能である。有意性に照準を合わせれば、目的的行為論に、有体性を強調すれば、意思的要素を排除した社会的行為論にそれぞれ接近すると思われる。

因果的行為論の中には、さらに進んで、「行為概念が単に事実上の出来事を把握するのに資する限りにおいて、それは価値から自由である。〔中略〕行為という法的概念は、現実の事象のみを捕捉するべきであり、その事象の評価を含むべきではない」とする論者もいる⁽¹¹⁾。すでにエルンスト・ベーリングが、行為の有無の問題と行為の意味の問題は異なるものであるとして、行為を「刑法上意味のある行為」にするもの、すなわち行為の内容は、行為の有無のレベルでは考慮しないことを主張していたし、近時ではトニオ・ヴェルターが、表現の意味が問題となる侮辱罪などの表現犯について因果的行為論は適切さを欠くとの批判に対して、意味が社会生活上重要な役割を担っていることを認めつつも、「これは行為概念の問題ではない。〔中略〕社会的重要性に関する問題は、侮辱やそのようなものについて、あまりに困難であり、行為概念の段階で回答を求めることはできない」と主張している⁽¹³⁾。これらの見解は、行為概念に評価的要素が入り込むことを拒否するものであり、行為の意味を意識的に考慮していない。しかし、およそ評価を介さずに「行為」の認識は成立しえないのではなかろうか。現に論者自身も、「自動車運転」などの意味のまとまりによって行為を特定しているのであり、意味の観点はなお重要であるように思われる⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。

第二項 目的的行為論

因果的行為論を、因果のドグマに囚われていると批判し、新たな行為概念を提示したのが目的的行為論であり、ヘルムート・フォン・ヴェーバーを嚆矢とし、⁽¹⁶⁾ ハンス・ヴェルツェルによる展開を経て、わが国でも1950年前後に⁽¹⁷⁾ 支持を集めた。⁽¹⁸⁾ ヴェルツェルは次のようにいう。「人間の行為は目的活動を遂行することである。それゆえ、行為は、『目的的な』事象であり、単に『因果的な』事象ではない。『目的性』(Finalität)、すなわち、行為が目的をもっているということは、人間が因果法則についての知識を基礎として自分の活動によって発生しうる結果を一定の範囲において予見し、それによって種々の目標を設定し、この目標達成に向ってその活動を計画的にみちびくことができるということにもとづいている。人間は、因果についての予知にもとづいて、その活動の個々の動作を統制することによって、外部的な因果的事象を目標に向ってみちびき、これを目的的に被覆決定(überdeterminieren)しうるものなのである。目的的活動が、意識的に目標にみちびかれた活動であるのに対して、純粹な因果的事象は、目標によって統制されるものではなく、たまたま存在する諸原因の偶然的な結果なのである」⁽¹⁹⁾と。

ヴェルツェルによれば、社会的存在の世界が法の世界であり、それは意味に満ちた世界である。⁽²⁰⁾ この世界観から因果のドグマの背景にある自然主義的思考を見た場合、そこには汲み尽くされない事実、「意識的な人間の生活が意味に満ちて整序され、その行為を意味に満ちた形で導くことができる」という事実が存在する。⁽²¹⁾ ここから行為の意味に関して、ヴェルツェルは次のようにいう。「意思の刺激に基づく挙動(Willensimpulsakte)は、その刺激によって始動させられるべき手段への方向性、すなわち意欲された結果の惹起への因果的原因の適性への方向性を決定しなければならない。さらには、始動させた様々な因果連鎖が計画された結果に収斂すべき場合には、意思の刺激に基づく挙動はその経過を、原因が設定されるべき順序に方向付けなければならない。その限りで、まさに意思の刺激に基づく挙動も志向的に条件

付けられている。それゆえ、結果の物理的原因は純粹に因果的に惹き起こされるのではなく、同時に意味志向的に、すなわち計画された結果の惹起に対する適性の観点から『設定』されるのである。〔原文改行〕ここから以下のことが生じる。すなわち、決意から意思の刺激を経由して結果へと至る事象は、設定された意味統一であり、この意味統一は、意味設定性 (Sinngesetzlichkeit) によってそれ以外の因果的事象から際立たせられるのである。我々がこの意味統一を行為と呼ぶ場合、結果と決意の間の行為連関は、単なる因果的な連関ではなく、目的論的な意味設定連関なのである。因果連関は意味連関の部分的構成要素にすぎず、行為連関の意味志向的法則性によって決定され導かれるものなのである⁽²²⁾」と。

以上の理解から、ヴェルツェルは、「目的的行為は、実現意思によって定められた結果に関してのみ存在」し、「意思的に定められた一定の結果との関係が、たとえば、『耕す』『書く』『殺す』『傷害する』等々といった目的的行為の意味内容を特徴づけるものなのである⁽²³⁾」とした。そしてそれは「行為の社会的意義を一方的に個々の意思の担い手によって規定するから『主観的＝目的』行為概念である⁽²⁴⁾」と主張したのである。

目的的行為論によれば、人間行為の理解にとって重要なのは、意思を起点とした因果性ではなく、それを支配し手段として用いる目的性である。それが行為に意味を付与するのであり、故意犯においては故意がその役割を担う⁽²⁵⁾。したがって、目的的行為論は、行為者が行為に与えた意味を問題とするものであるといえる。

第三項 社会的行為論

社会的行為論⁽²⁶⁾は、行為の社会的意味を問題とする点をその共通項とするが、その内部には大きく分けて四つの方向性が存在する。第一が、エベルハルト・シュミットに端を発する方向性である。シュミットによれば、行為が刑法学者の関心を引くのは、自然科学的な観点からではなく、社会的現実へ

の作用方向における社会的現象としてである。⁽²⁷⁾ここからシュミットは、行為を「社会的外界への有意的態度、より正確には、有意的態度による社会的外界の変更である」と定義した。⁽²⁸⁾シュミットは、その見解を敷衍して次のようにいう。「筋肉の刺激伝達から身体運動あるいは身体の静止を通じていわゆる外的結果（外界の変更）に至る自然主義的な『行為』事象は、法的評価の関係客体ではない。それどころかこの事象は、法的評価にとっては全くどうでもよいことなのである。法的評価は、人間の意思に担われた態度の社会的有意味性（soziale Sinnhaftigkeit）にのみ結びつきうるのである。最初に確定しなければならないのは、ある態度がその社会的存在において何を意味するのかである。まずその態度は、社会的な価値基準によって評価される。問題となるのは、態度の意味に関して、すなわち社会的評価の場合に『行為』と見なさなければならないものに関して、何が決定的であるかである。私見では、それは二種類ある。第一に、目的に向けられ、社会的生活への人間の影響を意味付与的に（sinngesamt）統制する意思である。空中に向けて行われた発砲は、その発砲を担う意思がその発砲に与えた意味によって、それに応じてまったく様々なことを『意味』しうる。騒音、狩猟行為、殺人行為、射撃練習の失敗等である。しかし、社会的見地から『行為』と見なされるべきものは、（個々の意思の担い手によって理解された）『現実の意識の形成』のみによって決定されるのではない。〔中略〕それは、個々の事例における社会的経験と社会的生観を、意思によって統制された社会的生への影響と結びつける『結果』に従っても決定される」と。⁽²⁹⁾また、行為を社会的に重要な人間の態度であると定義するハンス・ハインリッヒ・イエシェックは、⁽³⁰⁾社会的重要性を決定する基準として、意思方向（目的性）と結果を挙げ、⁽³¹⁾社会的行為論が依拠する二つの基準として、「人格的帰属の最外部における限界としての意思による事象の支配可能性」と「国家的反応の基礎としての外界への事象の社会的重要性」を挙げている。⁽³²⁾これらの見解は、行為者による主観的意味付けと、社会的外界の変更、すなわち結果による社会

の意味付けとが並存している点に特徴がある。⁽³⁴⁾

第二が、西原春夫博士によって主張された、行為を「意思による支配の可能な、何らかの社会的意味を持つ運動または静止」と定義する見解である。⁽³⁵⁾ この見解は、第一の見解とは異なり、結果による社会的意味付けを問題としていない点から伺われるように、結果とは切り離された行為の社会的意味を問題とするものであるということができよう。もっともこの見解は、その社会的意味をどのように把握するかが明確でない。行為者の主観面を判断に組み込むならば、行為者の与えた意味を重視する見解に至り、外界への作用を問題とするならば、後述する第四の見解に接近することになるであろう。

第三は、ヴェルナー・マイホーファーによって主張された見解である。マイホーファーは、その初期の論文においては、行為概念の三つの機能、すなわち、基本要素としての機能、結合要素としての機能、限界要素としての機能をすべて充足する行為の構造のメルクマールを発見するという問題意識から、⁽³⁶⁾ 行為とは「刑法上保護された法益侵害結果発生に向けられた人間の態度」であると定義していた。⁽³⁷⁾ そこでは、行為を非行為から区別し、単なる行為を社会的に重要な事象へと色付けするものとして、目的(Zweck)が挙げられていたが、これは主観的なものではなく、有意性は行為概念から排除されていた。また、外部的結果とこれに関係するメルクマールである有体性⁽³⁸⁾ も行為概念から排除されていた。⁽³⁹⁾

マイホーファーは、その後の論文で、自身の社会的行為論を次のように展開した。社会的行為論は、社会的現象としての行為の目的論的意味解釈を、具体的な行為者の作用の社会的有意性と機能的目的方向性に関連させるものであり、人間の態度の社会的意味は、他者という社会的観点から決定されなければならない。⁽⁴⁰⁾ 人間の行為の存在論的基礎は、本能と衝動にあらかじめ刻まれた生活の原型から自らを知的かつ任意に解放し、それによってその意味的な本性とは異なるものに対応して行動し、設定された目的に従って生活を形成するという人間の能力にある。人間が他者との共同生活において「な

す」こと、「なさない」ことは、作用の因果的惹起という単なる出来事ではなく、知的かつ任意の予期の産物であり、自然的な作用の産物であるのみならず、態度の社会的影響の産物でもある。彼が行為の結果に関わる他者の「社会的観点」に身を置く場合、彼はその態度の社会的意味を想起することができる。他者の（価値）視点の状態と意味におけるその態度の社会的影響をも機能的に予期する人間の能力は、人間に、彼の作為と不作為のその都度の社会的意味を理解する可能性を与えるのみならず、これに対応して人間世界におけるその作用を他者の観点において目的かつ目的活動的に見通し、これを導く可能性を与える、と。⁽⁴²⁾ここからマイホーファーは、社会的行為概念を「客観的に予見可能な社会的結果に向けられた、客観的に支配可能なあらゆる態度」と定義し、これを構成するものとして、①世界における作用という意味での行為結果の予見可能性、②原因の外枠を画するものとしての行為事象の支配可能性、③客観的に人間一般に可能であるという基準、④他者に対する社会的結果という基準という四つの要素の存在を指摘した。⁽⁴³⁾第四の要素として、他者に対する社会的結果という基準が挙げられているが、これは現実の社会的結果ではなく、客観的予見可能性と客観的支配可能性の枠内にある可能な社会的結果であるとしている。⁽⁴⁴⁾

マイホーファーの見解においては、社会的意味の観点が指摘されているが、その判断にあたっては、現実の結果は考慮せず、また行為者自身の主観も考慮には入れない。何が行為に社会的意味を付与するのかは不明確なところがあるが、「〔人間が一筆者注〕行為の結果に関わる他者の『社会的観点』に身を置く場合、彼はその態度の社会的意味を想起することができる」との記述からは、人間一般に予見可能な（ただし、外部的結果そのものではない）他者への「作用」が意味を付与するとの基準を読み取ることができよう。⁽⁴⁵⁾
⁽⁴⁶⁾

第四が、意思的要素を捨象して「何らかの社会的に意味のある人の態度である」〔傍点原文〕とする見解である。⁽⁴⁷⁾この定義は、主張者である佐伯千俣

博士自身により、「人の態度は、いやしくもそれがその周囲・隣人・社会に対して積極的または消極的に（あるいは有益に、または有害に）影響を及ぼすかぎり、その人の行為としての社会的意味（存在）を有するのである」と⁽⁴⁸⁾敷衍されている通り、行為の社会的外界への作用を問題とする見解であるといえる。このように理解するならば、行為の意味は社会的外界への作用により、すなわち行為が外界に与えた意味により判断されることになる。

第四項 人格的行為論

人格的行為論は、行為を「意思によって支配可能な（したがって行為者に帰属可能な）、（最も広い意味での）因果的結果を伴う現実を答責的に、有意味的に形成すること」、⁽⁴⁹⁾「人格の表出」、⁽⁵⁰⁾「人格的に帰属可能な態度」、⁽⁵¹⁾ないしは「行為者人格の主體的現実化」⁽⁵²⁾であると理解する見解である。

アルトゥール・カウフマンは、実在世界における四つの層、すなわち①物質界（無機的世界）、②生命界（有機的、植物的世界）、③心的なものの領域（感覚的世界、動物の感性的意識の世界）、④精神的なものの領域（意味的世界、精神的反省的意識の世界）の存在を指摘し、人間を人間として特徴付けるものは人間の精神性であるが、その精神性はより下位の範疇を前提として⁽⁵³⁾いるとする。そして、人間が人間以下の全領域、特に動物から区別される決定的な要素は、その人格的属性（Personhaftigkeit）、すなわち精神的自己意識およびそこから導き出される自己規制の能力であるとする。⁽⁵⁴⁾人間が行為するとき、この事象は決して行為者自身にとってのみ意味を持つのではなく、常に共同世界にとっても意味を持つ事象であり、したがってそれは個人的に重要であると同時に社会的にも重要であるとする。以上の考察からカウフマンは、行為の意味は、行為を社会生活にとっての客観的意味に従って評価することによって得られるが、そのためには、行為者が何を意欲したかということは重要な徴表ではあるが、それだけが決定的なものではない。決定的なのは、行為の「客観的な傾向」であり、これはとりわけ、行為者にとつ

て因果の経過が、結果も含めて、どの程度まで支配可能であったかということから規定され⁽⁵⁵⁾とする。ここでは、支配可能な結果および因果経過による意味付けが明言されている。

また、クラウド・ロクシンは、行為を「人格の表出」、すなわち「⁽⁵⁶⁾心的・精神的な活動の中心として人に帰せられうるものすべてである」とする。そして、人格の表出の判断にあたっては、主観的な目標設定と客観的な作用、人格的、社会的、法的、そしてその他の評価が入り込み、これらが一緒になってはじめて、その意味内容が尽くされ⁽⁵⁷⁾とする。ロクシンの見解においては、主体の精神的・心理的な中心を構成するレベルと、これに基づく外界への表出のレベルが区別されて⁽⁵⁸⁾おり、行為の意味の判断にあたっては、両者が考慮されることになる。

ハンス-ヨアヒム・ルドルフィーは、「人格的に帰属可能な態度」という定義を具体化して、作為の場合における特定の事象経過の人格的帰属の基本的要件として、①人間の意思によって惹起され、あるいは少なくとも影響されていること、②行為者によって惹き起こされた事象経過を、行為者が支配していた（目的的に統制していた）か、少なくとも支配可能であったことを挙げ⁽⁵⁹⁾る。また、ルドルフィーは、作為の場合における人格的に帰属可能な態度を二つの基本類型に区別する。すなわち、行為者によって積極的に支配され、特定の目標に向けられた事象経過という類型と、積極的に支配されて⁽⁶⁰⁾いるわけではないが、支配可能な事象経過という類型がこれである。本稿の関心から重要なのは前者の類型の分析である。ルドルフィーは前者の類型に関して、人格的帰属の根拠を、①行為者による因果事象の予見、②事象の社会的意味内容の認識、③事象経過の意思的行為による惹起（支配）に求め⁽⁶²⁾る。さらに、人格的に帰属されるものとして、事象経過と並んで結果が挙げられ⁽⁶³⁾ている。ルドルフィーの見解では、彼のいう「事象の社会的意味内容」それ自体がどこから導き出されるのかは明らかではないが、行為者の意思による支配の観点と、結果の人格的帰属の観点が共に指摘されていることから、行

為の意味の判断にあたっては、この両者を勘案するものと思われる。

わが国において、団藤重光博士は、「人の身体の動静がその背後においてその者の主体的な人格態度と結びつけられ、その者の人格の主体的現実化とみとめられるばあい—そうしてかようなばあいにかぎって—これを行為と解する」⁽⁶⁴⁾とする。この定義は、「主体」性の要求によって単なる反射運動や強制状態下での身体的動静を、「現実化」の要求によって外界に表明されていない思想や純然たる内心的意思を、それぞれ行為から除外すると述べるに留まるものであり、いかにして行為の意味を判断するかは明らかではない。⁽⁶⁵⁾

この点を補充して、大塚仁博士は、「主体」性要件に、「行為者の身体の動静が、その人格を基盤としつつ、行為者によって主体的に展開されたものであることをうかがわせるに足る心理状態」⁽⁶⁶⁾、すなわち「犯罪行為に向けられた一定の心理状態」⁽⁶⁷⁾として、「有意性」を要求する。このような理解によれば、行為の意味という観点からは目的的行為論と変わるところはない。行為者がその行為に与えた意味が重要ということになる。

また、行為の意味について、日沖憲郎博士は次のように指摘する。すなわち、「人的行為概念は、人間の存在論的構造にその基礎をおくものである。人間は、〔中略〕世界に向かって開かれている。動物が本能と衝動によってしばられているために行為しえないのに対し、人間は、行為しうる。いな、人間のみが行為しうるのである。〔中略〕人間は、〔中略〕予見可能性と支配可能性をもつことから因果の環から脱することができる。かようにして、人間は、自然的なものの平面から精神的なもの的高みに引き上げられる。人間をこの精神的なものとしてとらえるとき、人間は、人格と名付けられる。行為は人格の客観化である。行為が人格の客観化であるということは、行為が単なる因果の過程ではないことを意味する。人間の行為は、意味をもつ事象でなければならない。〔中略〕人間は、自分自身を行為する存在として理解し、その所為に意味を賦与することができる」⁽⁶⁸⁾と。ここでは、人格による所為への意味付与という観点が注目し値しよう。

以上から、人格的行為論の中にも、支配可能な結果の側面からの行為の意味付けを重視するものと、行為者が行為に与えた意味を重視するもの、あるいはその両者を勘案するものがあることが明らかとなった。

第二款 行為の意味に関する二つのアプローチ

行為とは、コミュニケーション上重要な意味表現であると述べた論者にギンター・ヤコブスがいる。⁽⁶⁹⁾ ヤコブスによれば、行為の意味には二つの側面がある。一つは、行為者自身が主観的に追求する意味であり、いま一つは、その行為が社会接触上有する客観の意味である。⁽⁷⁰⁾ コミュニケーション過程としての意味表現にとっては後者の客観的意味が重要であり、それはヤコブスのいう「社会的解釈図式」にしたがって判断されることになる。⁽⁷¹⁾ ヤコブスはこの点をさらに敷衍して、外部的な犯罪結果は規範の主観的無視の客観化であり、身体的運動を質的に高めるものであるとしている。⁽⁷²⁾

本稿は直接にヤコブスの見解の当否を検討するものではないが、ここに示された分析軸は本稿の問題を検討するにあたって有益であると考える。ヤコブスの分析によれば、行為の意味を問題とするアプローチの一つは、行為者の主観面を考慮して、行為者の「与えた意味」を問題とするアプローチ（行為者主観アプローチ）であり、このようなアプローチは目的的行為論に代表されるものである。いま一つは、社会的行為論に代表される、行為が外界に「及ぼした意味」を問題とするアプローチ（社会的意味アプローチ）である。因果的行為論においても、有意性を強調すれば、主観的意味を問題とする見解と類似のものになりうるし、有体性を強調すれば、行為の社会的外界への作用を問題とする見解に近接することになることは上述した通りである。いずれのアプローチも、行為の意味を理解するために必要な側面であることは否定できない。⁽⁷³⁾ では、問責対象行為の特定という観点において、いずれのアプローチが用いられるべきであろうか。この点を次節で検討する。

第二節 行為者主観による意味付けの必要性

まず、社会的意味アプローチの考察方法を検討する。このアプローチによれば、行為に意味を与えるのは、行為が外界に与えた作用であった。そしてその判断は、「あれなくばこれなし」という条件公式（さらには相当因果関係判断）によるのが一般的であろう。例えば、「ピストルを撃つこと」を取り除いて、「人の死」が生じなかった場合（さらにその因果経過が相当である場合）、その行為は「殺人行為」という意味を得ることになる。

これは同一行為者が単一行為によって結果を惹起した場合には明確な基準である。しかし、同一行為者の複数行為による結果惹起の場合に適切な基準となりうるかは疑問である。例えば、ベランダ転落死事件においては、事象の中に多くの出来事が含まれている。行為者は包丁を振りかざし、被害者に突き立て、被害者の謝罪を聞き、包丁を置きに行き、逃げ出した被害者に掴みかかっている。クロロホルム事件においては、クロロホルム吸引行為に先立って行われた自車を被害者の車に衝突させる行為、クロロホルム吸引行為後に被害者を港まで輸送する行為なども存在する。シャクティ治療事件においても、病院からの連れ出し行為、ホテル内での不保護行為のほか、兵庫県から千葉県への移動行為などが存在している。このうち、どの出来事を条件公式の前件たる「あれ」として選びだすのかが不明である。なぜならば、条件公式の適用にあたっては、論理判断の前件としての「あれ」の確定が必要不可欠であるところ⁽⁷⁴⁾、この見解にはその基準が内在していないからである。

このような批判に対しては、次のような反論が想定される。すなわち、同一行為者の複数行為が問題となる場合には、条件になりうるものを一つ一つ「あれ」に代入していき、それを「あれなくばこれなし」関係の発見に至るまで繰り返せばよいのであり、行為があらかじめ定まっている必要はない、と。

しかしながら、このような方法は妥当でない。例えば行為者が、十回の殴打により相手を殺害しようとしていたが、相手を殺害するには九回で充分で

あったという場合、一つ一つの殴打を取り除いたのでは、条件関係判断に一定の規範的修正を加えない限り、条件関係を肯定することは不可能である。⁽⁷⁵⁾ その行為に殺人行為という意味を与えるためには、十回の殴打を一括して取り除く必要がある。しかし、社会的意味アプローチから、このような一括がいかにして可能なのであろうか。行為者の身体運動が外界に与えた意味には、一個の殺人行為という意味も、十回の殴打という意味も、一回の殴打の集合という意味も、膨大な回数の筋肉収縮という意味も、そしておそらくはそれ以上の神経伝達物質の移動という意味もある。このうち十回の殴打（ないし一個の殺人行為）が選別されるためには、これとは別個のアプローチ、すなわち行為者主観アプローチが必要となるのである。

では、行為者主観アプローチが必要であるとして、その内容はいかにして定められるべきであろうか。

この点について、行為記述の「多層性」が問題となる。「行為の意味は絶対的に固定したものではなく、むしろそのつどの観察者との相関関係にある」⁽⁷⁶⁾ のである。例えば、包丁で被害者を殺害するといった単純な殺人のケースについても、「殺害する」、「包丁を被害者に突き立てる」、「包丁を被害者に向かって振る」、「腕を上下に動かす」と様々な行為記述が成り立ちうる。⁽⁷⁷⁾ このうち、行為者が与えた意味がどのようなものであればよいのかは、もっぱら刑法という観点から考える必要がある。なぜならば、観察者の関心は「その行為が犯罪の一要素であるか」という点に存するからである。それゆえ、刑法上問題とされるべき行為という記述の層において、行為者主観も判断されることになる。

問題は、刑法が関心を持つ行為とは何かである。この点は章を改めて検討する。

第二章 行為概念の規範論的基礎

第一節 刑法の機能と行為規範論

刑法がどのような行為に関心を持つかは、刑法の機能をどのように解するかと密接な関係を有する。⁽⁷⁹⁾ 刑法の役割は社会倫理規範の維持にあるという見解に立てば、社会倫理に違反する行為を問題とすることになるし、法益の保護にあるという見解に立てば、法益を危殆化する行為、あるいは法益侵害を志向する行為が重要になる。

では、どのような理解が妥当であろうか。まず、社会倫理規範を重視する見解はモラリズムと刑法を混同するものであり妥当でない。「社会倫理の維持を刑法の任務とすることは、刑法に対する過大の要求であるだけでなく、自己の価値観ないし自己の好む『人間像』を、法の名のもとに他人に強制することにもなりかねない」⁽⁸⁰⁾ うえに、刑法の法効果たる刑罰は、「直接行為者に苦痛を加えることによる非難である」ため、「単なる倫理の問題は、刑罰以外の手段に委ねるのが妥当」⁽⁸¹⁾ であること、また、「道徳それ自体を守ることとは、個人の内心の問題であって、法的に強制するのは適当でないこと」⁽⁸²⁾ などがその理由である。

したがって、刑法の任務は法益の保護にあるとする見解が妥当である。しかし刑法は、法益侵害と因果関係を持つ行為すべてに関心を持つというわけではない。刑法は「行為のコントロールを通じて法益を保護する」ものであり、⁽⁸³⁾ そのため「一定の行為を禁止する規範（または法益の保全のために一定の行為を命令する規範）を国民に向けて明示し、その違反に対して刑罰を科すことによって規範の効力を維持し、人々を規範にしたがった行動へと導く」⁽⁸⁴⁾ のである。ここから、刑法が関心を有するのは、行為規範に違反する行為ということになる。

第二節 行為規範の作用対象と行為の個数

第一款 行為規範の作用対象

前節での考察から、刑法が関心を有するのは、行為規範に違反する行為であるということが明らかとなった。では、具体的にはそれはどのような内容

を持つものなのであろうか。すなわち、行為規範に違反するとはどういう意味であるかというのがここでの問題である。

ここでは、行為規範が作用するメカニズムから考える必要がある。行為規範が人の行為を介して法益を保護するために定立されるとするならば、それが働きかけることができるのは、人間の意思のみであり、またそれに尽きるはずである。⁽⁸⁵⁾このような理解からすれば、行為者が行為を決意した段階で、すでに行為規範は破られているはずである。

にもかかわらず、同様の前提から、法益侵害の危険性を備えた行為が重要であるとする見解が有力に主張されている。すなわち、「構成要件該当行為とは、当該刑罰法規が国民に対する告知の要請に応えるため、かつ一般予防による法益保護のため、国民に差し向けた規範に違反する行為である。〔中略〕規範違反の行為とは、社会生活上許されない危険をもった行為にほかならない。いいかえれば、一般的な社会生活上のリスクを超え、かつ法が禁止しているリスクをとまう行為である」とする⁽⁸⁶⁾のである。しかし、このような見解には疑問がある。⁽⁸⁷⁾別稿において論じたように、法益侵害の危険性を判断するにあたっては、その基点として行為を定める必要がある。それにもかかわらず、行為を特定する基準としてその行為が有する危険性を援用することは一種の循環論法であろう。また、その点を措くとしても、危険性により行為規範違反性を判断することには疑問が残る。論者は、行為が有する法益侵害の危険性を具体的危険説の基準、すなわち一般人の観点から見て危険かどうか、により判断する。⁽⁸⁸⁾しかし、行為規範が「行為の時点で適法・違法の限界を明らかにする」ことを目的として定立され⁽⁸⁹⁾としても、それは具体的な場面においては、具体的な行為者に対して発令されているのであり、その違反に対して決定的な意義を有するのは、行為者の事情のみのはずである。「一般人基準の決定規範というものは、個別行為者の意思に対する現実の働きかけを断念するものであって、決定規範論の核心部分を放棄するものといわなければならない」⁽⁹⁰⁾のである。

行為規範はあくまでも、行為者の意思に働きかけて法益侵害を回避しようとするものである。このような前提からすれば、行為規範が関心を持つのは行為者の意思であり、それに担われて行ったところの身体運動であることになる。

第二款 行為の個数

行為規範の作用するメカニズムが以上のようなものであり、それに違反する行為が重要であるとする、行為の個数はどのように判断されるであろうか。

この点で注目されるのが、行為意思を基準として行為を特定する見解である。この見解を主張する高山佳奈子教授は次のようにいう。「刑法の目的をもっぱら法益の保護に求める場合でも、主観面を全く考慮しないわけにはいかなんと思われる。なぜなら、もともと、因果関係の起点としての『行為』は、それをやめることによって結果発生が回避されるようなものでなければならぬからである。これは法益保護説の論理的帰結であるとすらいえよう。そうだとすると、1つには、それをやめたとしても結果が発生してしまうような行為を処罰しても意味はないということができ、今1つとして、やめようと思ってもやめることができないような事態を処罰することにも意味がないといえる。前者は条件関係のない行為であり、後者は反射運動など、意思によってコントロールできない身体の動静である。したがって後者の点に着目するならば、刑法上の行為には、意思によるコントロール可能性がなければならない。刑法上の『行為』はすべて、主観的要素を含むのである。刑法上の禁止規範または命令規範は、ピストルを撃とうとしている者に対しては撃たないように要求し、誤った扱い方をしている者に対してはこれを改めるよう要求するのである。このことは、故意犯か過失犯かの違いにかかわらず妥当する」、そして「重要なのは、故意の有無ではなく、『狙って撃とうとしているかどうか』」であり、それは「『実行行為』ではなく、『行為』の

具体的属性とすれば足りる」⁽⁹¹⁾と。この見解によれば、行為意思に担われた人間の身体の動静が「行為」として切り取られることになる。これは、行為者が行為に与えた意味を問題にするという点で妥当な方向であり、私見も基本的には同趣旨である。

しかしながら、高山教授が、行為意思とは「結果回避可能性を問題にする行為を刑法上の評価の対象として選び出すため」に要求されるものであるとしつつ⁽⁹²⁾、重要なのは「狙って撃とう」としているかどうかであるとするのには疑問がある。高山教授は、禁止・命令規範の作用という観点から行為意思の必要性を論証するが、そのように考えるならば、法益侵害への志向を含まない行為意思が刑法上重要となるのは何故かを論証しなければならない。故意犯において、行為規範が人間の意思に働きかけるのは、その者が法益侵害行為に出ないようにするためである⁽⁹³⁾。そのために必要な主観内容は法益侵害を志向したものでなければならない。そのような内容を含まない、ピストルを「狙って撃とう」という意思に、なぜ規範が関心を向けるのだろうか。行為者が、ピストルの弾丸を抜くつもりで空中を「狙って撃った」場合、そのような行為を、（銃刀法3条の13におけるけん銃等発射罪の行為規範はともかく）殺人禁止規範が禁止しようとしているというのは奇異ではなかろうか。やはり、行為を構成する主観面は、故意犯においては「法益侵害を志向する行為意思」⁽⁹⁴⁾でなければならないように思われる。

以上の考察から、事象の中から問責対象行為を特定する基準は、「法益侵害を志向する行為意思」⁽⁹⁵⁾であることになる。例えば殺人罪の場合には、これが行為に「殺人行為」という意味を与える。そして、法益侵害を志向する行為意思の個数が問責対象行為の個数となり、一つの行為意思が存在する範囲が問責対象行為の範囲となるのである。

先ほどの行為記述の多層性の問題も、この観点から解決できるように思われる。包丁で被害者を殺害するといった単純な殺人のケースについても、「殺害する」、「包丁を被害者に突き立てる」、「包丁を被害者に向かって振る」

と様々な行為記述が成り立ちうるのだが、行為規範が関心を持つのは、これらの記述のうち、人の生命という法益に向けられた行為意思により与えられる記述、すなわち、「人を殺そう」という記述であろう。「人を殺すな」という規範の意味に反する意味は、「人を殺そう」以外にはないように思われる。その限りで、殺害の具体的態様については捨象され、行為規範が関心を持つ「人を殺す行為」という行為記述に抽象化されるのである。⁽⁹⁶⁾

また、行為と犯罪要素の同時存在の原則についても、この観点から基礎づけることができると考えられる。ここですべての要素について逐一検討することはできないが、主要なものについて述べるならば、次のようにいえよう。まず、問責対象行為の判断自体が行為者の主観を根拠としているのであるから、行為者主観と問責対象行為は同時存在することになる。また、責任能力は規範に従うように自己の行動をコントロールする能力であると解すれば、その判断は規範違反の時点で行われなければならない。それゆえ、問責対象行為と責任能力は同時存在することが必要となる。

第三節 小 括

問責対象行為の個数ないし範囲を定めるには、「行為者が行為に与えた意味」を観察者が認識していなければならない。これが従来の学説に欠けていた視点であったように思われる。問責対象行為を選び出すためには、行為が持つ意味が決定的な役割を果たす。その意味付けにあたって、社会的意味アプローチは、その起点ないし基点となる行為をいかにして発見するのかが不明確であり、行為者の主観を問題とする必要性があった。

行為者主観が問題となるとして、その内容がいかなるものでなければならぬかは、刑法がどのような行為を重要ととらえているかによって定まるものである。そして、その際重要な基準は、刑法の機能から導き出された行為規範という観点であり、ここから、法益侵害を志向する行為意思が問責対象行為特定の基準として重要であるとの結論が導かれた。

次章では、問責対象行為の特定に関して問題を提起した近時の判例を手がかりとして私見を展開するとともに、残された問題を検討することとした。

第三章 判例の評価と残された問題

第一節 判例の処理に対する評価

私見によれば、問責対象行為を特定する基準は、法益侵害を志向する行為意思がいくつ、どの範囲で存在するかということであった。本節では、近時の三判例を手がかりに私見をより具体化し、同時に判例の判断に対して評価を与えることとする。

第一款 ベランダ転落死事件

事案の概要は以下の通りである。被害者である妻 A に罵られた被告人甲は、常日頃から A の浮気を疑っていたため激昂し、殺意を持って、A の左胸部等を数回突き刺した（第一行為）。甲は、その出血状況や A の様子等から、これで死ぬだろうと思い、娘に気を取られていたところ、A が立ち上がって走り出したので、包丁を持ったまま A を引き戻した。甲は、A の様子をみて、放っておいても出血多量で死ぬだろうと思ったので、手当てもせず詰問したところ、A は、真意はともかく浮気を認め謝罪した。そこで甲が包丁を台所に置きに行くと、A がベランダに逃げ出し、両足を手すりに乗せるなどして手すり伝いに隣家に逃げ込もうとしていたので、甲は、A を連れ戻してガス中毒により自分達と一緒に死なせようとして、掴みかかった（第二行為）。A はその手を振り払って抵抗するなどしているうちにバランスを崩し、ベランダから転落して死亡した。

東京高裁は、上記事実関係の下で、「被告人の犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるというものであり、その殺害

方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたものと解するのが相当である。〔原文改行〕次に、ベランダの手すり上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいえない難いが、本件においては、被告人としては、被害者を掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死させる意図であり、被害者としても、被告人に掴まえられるれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人から逃れようとしたものである。また、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人には具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない。〔原文改行〕更に、被告人の被害者を掴まえようとする行為と被害者の転落行為との間に因果関係が存することは原判決が判示するとおりである。〔原文改行〕以上によれば、被告人が殺人既遂の罪責を負うのは当然である」と判示した。

本件では、被告人の殺意が、具体的態様を異にしつつも一貫して存在している点が重要である。私見によれば行為意思は、行為規範の禁止に違反する限度、すなわち「人を殺す」という限度での抽象化が認められる。このように解するならば、刺突行為の意図も、失血死させる意図も、またガス中毒死させる意図で掴みかかる意図も、等しく被害者の生命という法益の侵害を志向するものであり、「人を殺す」という意味においては継続しているものと評価できる。それゆえ、本件事案の問責対象行為は一つということになる。

もっとも、本件被告人は、包丁を台所に置きに行く、という法益侵害の危険性を減少させるような行為を行っている。しかし、被告人は、被害者の失血死を容認したうえでそのような行動に出たのであり、法益侵害に向けられた行為意思はなお存続しているとも考えられる。したがって、本件におい

て、客観的には法益侵害の危険性を減少させるような行為が介在したとしても、それは被告人の行為意思を断絶させるようなものではない。本判決のいう「一連の行為」には、以上のような根拠があるといえよう。このように解すれば、本判決の行為の理解は妥当なものであるといえる。

第二款 クロロホルム事件

事案の概要は以下の通りである。被告人甲は、夫の A を事故死に見せ掛けて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、被告人乙に殺害の実行を依頼し、被告人乙は、他の者に殺害を実行させようと考え、丙、丁及び戊（以下「実行犯 3 名」という）を仲間に加えた。被告人乙は、実行犯 3 名の乗った自動車（以下「犯人使用車」という）を A の運転する自動車（以下「A 使用車」という）に衝突させ、示談交渉を装って A を犯人使用車に誘い込み、クロロホルムを使って A を失神させた上、A 使用車ごと崖から川に転落させて死させるという計画を立て、実行犯 3 名にこれを実行させた。実行犯 3 名は、計画どおり、A を犯人使用車の助手席に誘い入れた後、丁が多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルを A の背後からその鼻口部に押し当て、丙もその腕を押さえるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせて A を昏倒させた（第一行為）。その後、実行犯 3 名は、A を約 2 km 離れた港まで運んだが、被告人乙を呼び寄せた上で A を海中に転落させることとし、被告人乙に電話をかけてその旨伝えた。2 時間後、被告人乙が到着したので、被告人乙及び実行犯 3 名は、ぐったりとして動かない A を A 使用車の運転席に運び入れた上、同車を岸壁から海中に転落させて沈めた（第二行為）。A の死因は第一行為によるものか、第二行為によるものか特定できず、第一行為の段階で死亡している可能性があった。被告人乙らは、第一行為自体によって A が死亡する可能性があるとは認識していなかったが、客観的にみれば、第一行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。

最高裁は、上記事実関係の下で、「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上、その失神状態を利用して、Aを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でAが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる」と判示した。

本決定は、第一行為の必要不可欠性、第一行為・第二行為間に障害が存しなかったこと、両者の時間的場所的近接性を根拠に、両者を「密接な行為」とし、「一連の殺人行為」を認めている。また、行為者の計画が考慮に入れている点も重要である。

本決定については、行為の範囲に関して、私見と同じく行為者の意思を重視する立場から、「故意行為は、犯罪実現意思にもとづく身体の動静として、全過程を全体的にとらえられなければならないのである。平成16年最高裁決定〔クロロホルム事件―筆者注〕の事案のような、殺人罪を実現するため、クロロホルムで被害者を失神させ、失死した被害者を海中に転落させるという一連の行動は、一体的に把握され、全体として1個の殺人行為とされる」とする見解がある⁽⁹⁸⁾。しかし、本件のように、論者のいう第一行為と第二行為を一体として把握した「1個の殺人行為」の途中で被害者が死亡してい

る場合、被害者死亡後の行為をことさらに問責対象行為であるとする必要があるかは疑問である。行為規範が行為者の意思に働きかけて法益侵害を回避しようとするものであるならば、本件のように、すでに被害者が死亡している場合には、それ以降の働きかけは本件の被害者 A の生命を保護するためには役に立たないのではなかろうか。⁽⁹⁹⁾ このように考えるならば、A の殺害を禁止する規範は、被害者 A 死亡後にはそもそもその発動の前提条件を欠き、A に対する殺意を持って自動車を海中に転落させる行為は、（死体損壊罪、器物損壊罪の行為規範違反性はあるかもしれないが）A の殺害を禁止する規範には違反していないことになるように思われる。以上のような理解からは、本件の問責対象行為としては、クロロホルムを吸引させる行為のみが取り上げられることになる。本決定が、「従来の判例の流れに従いつつも、原判決と異なり、第一行為と第二行為を分けた上で両者の密接関連性を重視した判断を示し」た⁽¹⁰⁰⁾のは、妥当であると評価できよう。

以上のように解した場合、判例が挙げる「実行犯 3 名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させて A を失神させた上、その失神状態を利用して、A を港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、第 1 行為は第 2 行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第 1 行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第 1 行為と第 2 行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第 1 行為は第 2 行為に密接な行為であり、実行犯 3 名が第 1 行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」との判示との関係が問題となる。私見によれば、A を自動車ごと海中に転落させる行為は、殺人罪の問責対象行為としては特定されないことになるため、クロロホルムを吸引させる行為を基点として、行為の危険性判断を行うことになる。その際、実際に海中に転落させた行為は、A に対する殺人罪との関連では規範違反

がないのであるから、実際の当該行為との関連性が問題となっているのではなく、むしろ、クロロホルム吸引行為時点で、行為者の計画上、(実行されれば死に至る危険性の高い) 海中に転落させる行為へと至る可能性がどの程度あったかが問題となっているように思われる。⁽¹⁰¹⁾ その意味では、実際に行為者が第二行為に出たことは、理論的には重要ではないことになろう。⁽¹⁰²⁾ もっとも、このような危険性判断方法の当否については、実行の着手と行為計画の関係という問題とも関連するため、本稿では最終的な結論は留保しておきた⁽¹⁰³⁾ い。

第三款 シャクティ治療事件

シャクティ治療事件については、控訴審において、連れ出し行為時点での殺人の故意が問題とされたことと関係して、第一審の行為の理解と、控訴審、上告審の行為の理解とが異なっている。ここでは、第一審からその変遷を追うこととしたい。

事案の概要は以下の通りである。被告人は、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるという「シャクティパット」と称する独自の治療(以下「シャクティ治療」という)を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。Aは、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて兵庫県内のC病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれた。Aの息子Bは、やはり被告人の信奉者であったが、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療を被告人に依頼した。被告人は、脳内出血等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、滞在中の千葉県内のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAを被告人の下に運ぼうとするBら家族の意図を知りながら、「点滴治療は危険

である。今日、明日が山場である。明日中に A を連れてくるように」などと B らに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にある A を入院中の C 病院から運び出させ（第一行為）、その生命に具体的な危険を生じさせた。被告人は、前記ホテルまで運び込まれた A に対するシャクティ治療を B らからゆだねられ、A の容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、上記の指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療を A に施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等 A の生命維持のために必要な医療措置を受けさせないまま A を約 1 日の間放置し（第二行為）、痰による気道閉塞に基づく窒息により A を死亡させた。

⁽¹⁰⁴⁾
第一審の千葉地裁は、本件の実行行為性について、「C 病院のベッド上にいた A を、体につけられていた点滴装置及び酸素マスクを取り外し、病院外に連れ出すという行為は、それ自体、〔中略〕 A の生命に対する重大な危険を孕んだ行為であることは疑いが無い〔中略〕。〔原文改行〕もっとも、〔中略〕仮に A を C 病院より連れ出したとしても、その安全が保たれている等移動手段が適切であり、移動先が他の病院であるなど C 病院と同等以上の治療設備を備えているような場合には、A が死に至る具体的な危険性があるとはいえないため、『点滴装置や酸素マスクを取り外し、A を病院外に連れ出す』段階までの行為のみをもって、殺人の実行行為として十分なだけの、A の死に対する具体的・現実的危険性が存するとまでは認められない。〔原文改行〕そこで、A を病院から連れ出して以降の所為について見るに、B らは、看護婦の資格経験を有する者を同行させたのみで、救急車等、常時点滴や痰の除去等の処置を施すことが可能な手段によらず、自動車と航空機を利用して、D 市所在〔千葉県内―筆者注〕の何ら医療設備のないホテルに A を運び込み、その後も点滴による水分や薬剤の投与、痰の除去等 A の生存に必要な措置を一切行わずにおいたことが認められる。〔原文改行〕そうすると、前記のような病状にある A を、何ら医療設備のないホテルに運び

込んだうえ、その生存に必要な措置をなんら講じなければ、Aの死という結果が生じる現実的具体的危険性は当然生じうるものであるから、前記のとおり点滴装置及び酸素マスクを外したうえで病院外に連れ出す行為に伴う危険性をも併せ考えれば、これら一連の行為は、前記したAの生命に対する現実的具体的危険性を生じさせるに十分なものであると認められる」と判示した。第一審判決では、病院外への連れ出し行為(作為)とホテル内での不保護行為(不作為)を「一連の行為」とした点に特徴が見られる。

これに対して、連れ出し行為時点での殺人の故意が問題となった控訴審の東京高裁は、⁽¹⁰⁵⁾「原判決のいう上記一連の行為が、Aを死亡させる現実的危険性を十分に有していたことは明らかであり、〔中略〕これが殺人の実行行為に当たるとはいうまでもない。なお、殺意発生時点に関する後記認定との関係で、上記一連の行為のうちの、被告人が、本件ホテルに運び込まれたAの様子を自ら認識した以後において、Aに対し、その生命維持のために必要な医療措置を受けさせなかった行為に限ってその危険性について付言しておく、これが、それ自体、Aを死亡させる現実的危険性を有する行為であることは明らかである」としつつ、Aを病院外へ連れ出させる行為の時点では被告人に殺意があったことに合理的な疑いが残るとして、ホテル内での不保護行為についてのみ故意を認めた。控訴審判決では、連れ出し行為と不保護行為を「一連の行為」とした第一審判決を是認しつつも、連れ出し行為時点での故意の存在に合理的な疑いが残ることから、改めて不保護行為の危険性を独立に判断している点が特徴的である。

控訴審判決を承けて、最高裁は、病院からの連れ出し行為がAの生命に具体的な危険を生じさせたことを認定した上で、「被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする

根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である」と判示し、行為の問題としては、もっぱらホテル内での不保護行為という不作為を問題とした。

本件では、連れ出す行為と不保護行為との間に、時間にして約五時間の懸隔があり、場所的にも兵庫県から千葉県への移動を伴っているという点が注目される。では、このような場所的・時間的な懸隔は、問責対象行為を特定するにあたって、どのような意義を有するであろうか。私見の枠組みでは、時間的・場所的近接性は、あくまでも行為意思の継続性を判断するための一資料にすぎない。そのため、第一行為と第二行為の間に、上記のような隔たりがあるとしても、そこから行為が複数存在するとの結論が必然的に出てくるわけではない。あくまでも行為者の主観面において、行為意思が一つといえるかが問題である。この点について、第一審判決と控訴審判決では故意に関する認定が異なるが、仮に第一審のように行為意思の継続が認められれば行為の一体性は認められるであろうし、控訴審のようにそれが認められなければ行為の一体性を認めることはできず、行為は複数存在し、それぞれにつき犯罪要素が検討されるべきである。その意味で、故意の存否の問題と行為の存否の問題を連動させた控訴審判決の判断は、基本的に妥当なものであると考える。

第二節 残された問題

私見のように、問責対象行為の個数・範囲をもっぱら行為者の主観に依存させる見解に対しては、行為の意味は客観的に把握されるべきであるという批判が提起されることになる。また、主観的違法論との相違という問題も生

じる。以下、順に検討する。

第一款 行為の意味の客観的把握

私見のように、問責対象行為を特定するにあたり、行為者主観による行為者の与えた意味を問題とする見解に対しては、すでにエベルハルト・シュミットとヘルムート・マイヤーがヴェルツェルに対して加えた、次のような批判が関係する。シュミットはいう。「ヴェルツェルが『意思の客観的・目的的機能』について語るにもかかわらず、彼は、社会的意味連関として『行為』であるものを社会的経験によって決定される民族共同体という見地から把握する代わりに、社会的意味を極めて一面的に、意思の担い手としての個々人の観点から決定している」⁽¹⁰⁶⁾と。また、マイヤーは、行為者が個人的な目的意識から行為することは稀であり、多くの場合、模範や習慣、一般的な人間の表象に従っていることから、行為者は「一般意識の機関 (Organ des Allgemeinbewußtseins)」として行為していると指摘する。ここから、人間の行為はおよそこのような社会的拘束からのみ理解されるべきであり、行為の意味は常に第一に客観的に決定可能であるとする⁽¹⁰⁷⁾。

しかし私見によれば、シュミットおよびマイヤーの批判に対するヴェルツェルによる反論の方に妥当性がある。以下ではまず、ヴェルツェルによる反論を紹介することとしたい。

ヴェルツェルは、次のような例を出して、行為の意味を決定するにあたって、行為者主観が重要であることを示している。事例は、AとBが喧嘩をし、Aがナイフを掴み、Bを突き刺したところ、それがたまたまBの体内の膿腫にあたり、膿が流れ出て、それまで危険にさらされていたBの生命が助かったというものである。ヴェルツェルは次のようにいう。「客観的には同一の結果—Bの健康の回復—が招来されたにもかかわらず、Aの行為の社会的意味内容は、外部的には完全に同様の外科手術とまったくことなるものである。すなわち、Aの行為は、客観的に治癒の結果が発生したにもか

かわらず、傷害の未遂である。この例は、行為の社会的意味内容が行為者の目的的行為意思によっても規定されるものであることを、はっきりと示している。行為の社会的な意味は、ただ行為の結果だけではなくして、行為者が行為に刻印する意思方向をも標準とするものである」と⁽¹⁰⁸⁾。

上述の例で言えば、Aの行為を記述するに際して結果による把握だけを行ったのでは、そこで行われたのは、いわば「偶然治療」であって、Bの健康状態を回復させる行為を行ったにすぎないことになる。このように解した場合、すでにAの行為からは「傷害を志向する行為」という記述が失われることになり、傷害（未遂）結果を帰属させる基点行為が認められなくなってしまう。仮にシュミットの批判がこのような帰結をも含意するものであれば、それは不当であろう。この点で、ヴェルツェルの反論の方が妥当であると考える。

付言すれば、上述のような「行為の意味は客観的に把握されるべきだ」という批判に回答するにあたっては、行為記述に関する「構成主義」の議論を参照することが有効であると思われる⁽¹⁰⁹⁾。構成主義的な行為理論とは、行為記述との関係で、「行為記述＝帰責行為は、行為者の意図にもとづいてではなく、行為観察者による『結果』観察から遡及的になされる」とする立場である⁽¹¹⁰⁾。構成主義の立場から行為理論を検討した、社会学者の北田暁大准教授によれば、例えば、草野球の試合中、「打者Bの頭部に向けて『危険球』が投げられ、ベンチにいたAが突然『よけろ！』と大声で叫んだ。その声に驚いたCが心臓発作で倒れ病院に担ぎ込まれたが、必死の治療もむなしく一時間後に死亡してしまった」という事例について、①Aは音声を発した、②AはBに警告を与えた、③AはCに心臓発作を起こさせた、④AはCを殺したという四つの行為記述が成り立ちうる⁽¹¹¹⁾。また、行為観察者Bが、Aの何らかの身体的振る舞い（「指を動かす」、「Cに向けて発砲する」という意図的行為）を、後続する戦争を引き起こした行為として観察した場合、Aが「戦争を勃発させた」という行為記述も却下されないとし、行為遂行時に⁽¹¹²⁾

において完全に合法で一般的な道德規範の同意を獲得していた企業の活動が工場排水によって河川の水質を悪化させ、さらに近隣の住民を死に至らしめたという事例においても、「近隣の住民を殺した」という行為記述は正当なものとする。⁽¹¹³⁾

構成主義の議論においては、過去の出来事 e は、記述がなされる時点 t に⁽¹¹⁴⁾おける記述者の信念・知識(の表象)によって構成されるが、これは必ずしも指示対象となる出来事の存否に関する非實在論に至るわけではない。⁽¹¹⁵⁾北田准教授はむしろ、上述の草野球の例において、⑤A は盗塁を決めた、⑥A はサインを見逃したという記述が、上述①～④の記述と無関連なものとして認知されるのであれば、それは、①～④と「記述されうるような出来事 e が存在する」という實在論を立てることによって説明されるとする。⁽¹¹⁶⁾すなわち、意図的行為の記述は、原因となる出来事 e_1 と、結果となる出来事 e_2 という少なくとも二つの出来事への言及を含んでいることになるのである。⁽¹¹⁷⁾

構成主義の議論が我々に教えるのは、一つには、行為の社会的意味の客観的把握と一口にいっても、そこにはやはり行為記述の多層性が存在するということであり、いま一つには、行為記述を重視する構成主義の行為理論によっても、記述を与えられるべき出来事 e の存在は否定されないということである。

第一の点について、北田准教授は、「あまりに行為記述の幅＝アコーディオンを広げてしまうと、コミュニケーションの接続、すなわち行為解釈－応答の継起の合理性を損ない、過剰な複雑性が生み出されてしまう。そこでコミュニケーション・システムは、かかる複雑性を縮減するために、行為解釈の安定性を担保する《基準》を生み出す」と指摘する。⁽¹¹⁸⁾刑法上の観点からは、戦争惹起の事例について、「戦争が勃発した」という出来事＝結果は殺人罪の構成要件の結果ではないという評価によって、その複雑性が縮減されることになるであろう。しかし、このように「社会的意味」を刑法上の観点によって縮減したとしても、その結果による記述が与えられるべき「出来事

e」の問題は残る。刑法の領域において、例えば「AがCを殺した」という記述が「出来事e」に与えられるためには、出来事eを仮定的に消去して、「Cが死んだ」という出来事が発生しないと推論されることが必要である⁽¹¹⁹⁾。このように、構成要件的に特定された結果により社会的意味が与えられる対象は、社会的意味そのものから特定することはできず、それとは別個の基準によって特定されなければならないのではなからうか。そして、その別個の基準とは、故意犯においては、法益侵害を志向する行為意思に他ならないと思われる。

第二款 主観的違法論との相違

行為規範を問題とする論者は、行為規範の「義務づける機能」と「動機づける機能」を問題として、義務充足能力ある者が義務を充足しなかった場合が義務違反として違法であり、義務遵守能力ある者が義務を充足しなかった場合が有責的である⁽¹²⁰⁾、あるいは「違法判断の対象は行為者による意思的な因果過程の制御のプロセスであり、責任判断の対象は行為者の規範意識による動機づけの制御のプロセス」であるとして⁽¹²¹⁾、違法と責任を区別する。しかし、これに対しては、「規範は、もっぱら人間の意思に対して現実に関与させることによって法益を保護しようとするものである。だが、義務に従って動機づけることのできない者に対しては、命令規範が現実に関与を及ぼすことは不可能である。それゆえ、義務遵守能力を欠く者（＝責任を欠く者）に対しては、『命令規範に違反した』（＝違法）という評価を下すことはできないのではなからうか。かくして、命令規範論の立場からは、責任を欠く者については不法も認められないという主観的違法論に至るのが一貫している」⁽¹²²⁾との批判が向けられている。

これは、規範の定立と規範の違反という両面に渡る批判である。すなわち、義務遵守能力を欠く者に対してそもそも規範が向けられるか、向けられるとしてそれに違反することができるかという問題が提起されているのであ

る。

まず、規範の定立という側面から検討する。行為規範が法益保護のために定立され、それが行為者の意思に働きかけるものであるとするならば、「法益侵害を志向する者」という行為者の属性が重要であり、法益保護と無関係なその他の属性は規範の働きかけとは無関係である。このように解するならば、義務遵守能力がない者であっても、その主観内容が法益侵害を志向するものであることはありうるし、⁽¹²³⁾法益保護の観点から見れば、その法益が侵害されないほうが望ましいのであるから、そのような行為を禁止することは合理性がある。例えば、責任能力のない者が他人の財物を窃取しようとしている場合、規範はその意思に働きかけ、法益侵害を回避しようとするであろう。ゆえに、義務遵守能力がない者に対しても規範は向けられているのである。

また、行為規範違反という評価が下されるのが、行為規範が禁止しようとする事態の記述（例えば、「他人の財物を窃取するな」という禁止における「他人の財物を窃取する」）が、行為者が与えた行為記述と一致している場合であるとすれば、規範違反も肯定できる。

これに対して、行為者が義務遵守能力を欠くということは、その者の意思形成過程、動機付け過程において、その者を非難できるかという判断において重要となる要素であり、このような判断が責任判断であるとするれば、違法と責任は区別されているのである。

したがって、法益保護のために定立された行為規範が行為者の意思に働きかけるものであるとしても、そのことから必然的に、責任と不法の区別を認めないとの結論が導き出されるわけではない。⁽¹²⁴⁾

おわりに

以上の検討により、明らかとなったのは、以下の点である。

事象の中から問責対象行為を特定するためには、行為の持つ意味を把握し

なければならない。そして、そのための基準を社会的外界の作用のみに求めることはできず、行為者がその行為に与えた意味が重要となる。しかし、行為の意味は多層性を持つものであるから、観察者の関心により一定の抽象化が必要となる。観察者の関心が、ある出来事が犯罪であるかという点に存在するとすれば、刑法の観点からの抽象化は許容されることになる。そして、刑法が法益保護のために行為規範を提示するという機能を持つとすれば、行為規範に違反する意思、すなわち法益侵害を志向する行為意思が重要ということになり、その個数・範囲で問責対象行為が特定されることになる。

ところで、本稿では近時問題となった三つの判例を中心としたため、従来議論されてきた故意行為—過失行為型、過失行為—故意行為型、およびいわゆる段階的過失に見られる過失行為—過失行為型について検討することはできなかった。また、行為規範論に依拠して論を展開したため、結果と行為の関係はどのようなものとなるか、結果を不法要素とすることができるかという問題が生じることになるが、この点については、規範論的観点からのさらなる検討を要するため、本稿では論じることができなかった⁽¹²⁷⁾。これらの点については、今後の課題としたい。

〔2008年10月脱稿〕

- （１）本稿が念頭に置くのは、東京高判平成13年2月20日判時1756号162頁（以下、ベランダ転落死事件）、最決平成16年3月22日刑集58巻2号187頁（以下、クロロホルム事件）、最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁（以下、シャクティ治療事件）である。これらの判決および決定に関する文献については、拙稿「実行行為概念による問責行為の特定（１）」早稲田大学大学院法研論集第123号（2007年）316頁以下注（５）、注（６）、注（７）参照。前稿脱稿後に接した文献として、原口伸夫「判批」法學新報第113巻第3・4号（2007年）603頁以下、平木正洋「判解」法曹時報第59巻第6号（2007年）160頁以下、同「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成16年度）』（法曹会、2007年）155頁以下、金澤真理「構成要件の段階的充足と故意の帰属（一）」山形大学法政論叢第40号（2007年）1頁以下、島田聡一郎「早

すぎた結果発生」刑法の争点(2007年)66頁以下、塩見淳「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔第6版〕(2008年)130頁以下、奥村正雄「判批」同志社法学第325号(2008年)543頁以下がある。なお、行為者が第二行為に出た事案ではないが、クロロホルム事件最高裁決定を引用しつつ、その判断枠組を採用したものとして、名古屋高判平成19年2月16日判タ1247号342頁。同判決の評釈として、金澤真理「判批」刑事法ジャーナルNo. 12(2008年)70頁以下、山元裕史「判批」警察学論集第61巻第8号(2008年)189頁以下。

- (2) 上富敏伸「判批」警察学論集第60巻第11号(2007年)207頁注(4)は、問責対象行為特定の問題を事実認定の問題であるとする。
- (3) 拙稿「実行行為概念による問責行為の特定(2・完)」早稲田大学大学院法研論集第124号(2007年)170頁。なお、前稿では、「処罰の対象となる行為」という意味で「問責行為」という用語を用いたが、正確を期すため、本稿では「問責対象行為」という用語を用いる。
- (4) 以上の点につき、米田泰邦「刑法的行為概念の条件—社会的行為論への道—」『行為論と刑法理論』(成文堂、1986年)1頁以下参照。ドイツにおける行為論の展開につき、松宮孝明『『行為』概念と犯罪体系』『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003年)61頁以下参照。
- (5) わが国における主な論者として、小野清一郎『新訂刑法講義総論』(有斐閣、1948年)93頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(勁草書房、1974年)138頁、藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975年)90頁以下、山口厚『刑法総論 第2版』(有斐閣、2007年)42頁。川端博『刑法総論講義 第2版』(成文堂、2006年)133頁以下は、構成要件の有意行為論を主張するが、行為の実質としては有意行為論(因果的行為論)であるとする。
- (6) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906 (Neudruck 1964), S. 9, 17, Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl., 1919, S. 116, Edmund Mezger, Strafrecht Ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1933, S. 105, 108, Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, 13/11, Tonio Walter, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, Vor § 13 Rn. 30.
- (7) Mezger, a.a.O. (Anm. 6), S. 108. Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm. 6), 13/36.
- (8) Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm. 6), 13/25f.

- (9) Baumann/ Weber/ Mitsch, a.a.O. (Anm. 6), 13/36は、意思と身体的運動の関係を「一致関係 (Deckungsverhältnis)」であるとし、因果関係が問題となるのではないとする。
- (10) Vgl. Ingeborg Puppe, in : Nomos Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2005, Vor § 13 Rn. 41.
- (11) Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm. 6), 13/10.
- (12) Beling, a.a.O. (Anm. 6), S. 14.
- (13) Walter, a.a.O. (Anm. 6), Rn. 31.
- (14) 石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌第15巻第1・2号（2002年）5頁以下。Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2004, 6 / 5 は、「そこに社会的評価が結びつくような、人間の生の表出 (Lebensäußerung) を実質的に規定するものを、因果的行為論は含まない」とする。
- (15) Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm. 6), 13/67.
- (16) Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1938), S. 492f. この点について、福田平「目的的行為論について」『目的的行為論と犯罪理論』（有斐閣、1964年）62頁以下も参照。Reinhard Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Teilband 1, 1992, § 17 Rn. 72f. は、目的的行為論と社会的行為論は相補うものであるとして、「刑法上の意味における行為とは、社会的に重要であり、統制意思によって支配され、あるいは支配可能な、結果に向けられた人間の態度」であるとする。
- (17) Hellmuth von Weber, Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechtes, 1929, S. 16, ders., Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, S. 8 ff.
- (18) 1950年前後の学説状況につき、内藤謙「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開」『刑法理論の史的展開』（有斐閣、2007年）195頁以下、207頁以下参照。わが国における主な論者として、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論〔増補版〕』（有斐閣、1978年）167頁、福田平『全訂刑法総論〔第四版〕』（有斐閣、2004年）61頁以下、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）26頁以下。平場安治「刑法における行為概念と行為論の地位」『刑法における行為概念の研究』（有信堂、1966年）48頁以下は、「行為は意思表示動である」との伝統的行為概念を維持しつつ、「意思は、〔中略〕行動の推進原理・動因乃至は全因果関係の構成原理として重要であると考える」ことから、「意思表示動」という表現に代えて、「目的的行

為支配」という表現を用いるとする。

- (19) Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1961, S. 1 (福田平＝大塚仁訳『目的的行為論序説—刑法体系の新様相—』(有斐閣、1962年) 1頁), ders., Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 33.
- (20) Welzel, a.a.O. (Anm. 16), S. 530.
- (21) Welzel, a.a.O. (Anm. 16), S. 496.
- (22) Hans Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), S. 717f.
- (23) Welzel, a.a.O. (Anm. 19) [Bild], S.4. (福田＝大塚訳 5頁)
- (24) Welzel, a.a.O. (Anm. 19) [Bild], S. 11. (福田＝大塚訳16頁) もっとも、Welzel, a.a.O. (Anm. 16), S. 502は、人間の意思に意識的な形成因子としての客観的機能があることを指摘する。
- (25) Welzel, a.a.O. (Anm. 16), S. 505, ders., a.a.O. (Anm. 19) [Bild], S.8. (福田＝大塚訳11頁以下) Hans Joachim Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 (1981), S. 863は、「目的性」という不正確な概念の代わりに、「行為意思 (Handlungswillen)」という概念を用いることを提案する。
- (26) 社会的行為論に対する学説史的研究として、宮澤浩一「社会的行為論—学説史的にみて—」『刑法の思考と論理』(成文堂、1975年) 335頁以下参照。
- (27) Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1. Band, 1932, S. 153, Anm. *.
- (28) Liszt/Schmidt, a.a.O. (Anm. 27), S. 154.
- (29) Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 75, Anm. 29.
- (30) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 223. (西原春夫監訳『ドイツ刑法総論 第5版』(成文堂、1999年) 162頁)
- (31) Hans-Heinrich Jescheck, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 151.
- (32) Hans-Heinrich Jescheck, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 2003, Vor § 13 Rn. 32.
- (33) Liszt/Schmidt, a.a.O. (Anm. 27), S. 157.
- (34) 類似の方向性を示すものとして、Karl Engisch, Der finale Handlungsbegriff,

- in: Probleme der Strafrechtserneuerung (Festschrift für Eduard Kohlrausch), 1944, S. 160f. は、行為とは、有意的に遂行された挙動により目的とされる結果を生じさせることであるとし、ders., Vom Weltbild des Juristen, 1950, S. 38は、行為とは、予測しうる社会的に重要な結果の有意的惹起であるとする。
- (35) 西原春夫『刑法総論改訂版（上巻）』（成文堂、1991年）89頁。同様の行為概念を主張するものとして、野村稔『刑法総論 補訂版』（成文堂、1998年）120頁、高橋則夫『犯罪論における同時存在原則とその例外』『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）44頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2008年）49頁以下。大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』（成文堂、2007年）106頁は、意思による支配可能性を必要とするが、「社会的」の意義について、「社会における外界に影響を及ぼす方向にあるものをいう」とする。
- (36) Werner Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, S. 10.
- (37) Maihofer, a.a.O. (Anm. 36), S. 72.
- (38) Maihofer, ebenda.
- (39) 以上の点につき、Maihofer, a.a.O. (Anm. 36), S. 68ff.
- (40) Werner Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, S. 156ff.
- (41) Maihofer, a.a.O. (Anm. 40), S. 158.
- (42) Maihofer, a.a.O. (Anm. 40), S. 170.
- (43) Maihofer, a.a.O. (Anm. 40), S. 178ff.
- (44) Maihofer, a.a.O. (Anm. 40), S. 180.
- (45) Maihofer, a.a.O. (Anm. 40), S. 170.
- (46) なお、「客観的に予見可能な社会的結果に向けられた」という定義、および「可能な社会的結果に対する態度の方向性」という基準（Maihofer, a.a.O. (Anm. 40), S. 180）からは、態度自体が結果に対して有する方向性が問題となることになるが、意思とは切り離された「方向性」が何を意味するものであるかは明らかではないように思われる。
- (47) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（有斐閣、1981年）145頁。同旨、中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）148頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）106頁。佐伯博士の見解を基礎に展開されたものとして、米田泰邦「法概念としての行為—純粋な社会的行為概念—」『行為論と刑法理論』（成文堂、1986

年) 57頁以下。内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣、1983年) 164頁は、狭義の行為を「社会における外界に影響を及ぼす方向にある、人の外部的態度」と理解する。これらの見解とは趣を異にするが、社会的外界への作用を問題とするものとして、吉田敏雄「犯罪論における行為概念の研究—存在論的行為概念の樹立をめざして—」北大法学論集第22巻第4号(1972年) 746頁。

(48) 佐伯・前掲注(47) 149頁。

(49) Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1966, S. 116. (浅田和茂訳「行為の存在論的構造—人格的行為論のスケッチ—」上田健二監訳『転換期の刑法哲学 第2版』(成文堂、1999年) 63頁)

(50) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, 8/44.

(51) Hans-Joachim Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1997, Vor § 1 Rn. 18.

(52) 団藤重光『刑法綱要総論 第三版』(創文社、1990年) 104頁以下。同様の見解として、大塚仁『刑法概説(総論)〔第三版増補版〕』(有斐閣、2005年) 100頁以下。なお、日沖憲郎「人的行為概念」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』(有斐閣、1983年) 117頁は、行為を「予見可能な結果へ向けられた支配可能な人間の態度」とし、社会的行為論類似の基準を用いているが、あくまでも行為者の主体性を問題とするものであるから、人格的行為論に分類することとする。

(53) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 49), S. 100. (浅田訳46頁)

(54) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 49), S. 101. (浅田訳47頁)

(55) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 49), S. 114f. (浅田訳61頁)

(56) Roxin, a.a.O. (Anm. 50), 8/44.

(57) Roxin, a.a.O. (Anm. 50), 8/52.

(58) この点を指摘するものとして、Álvaro Bunster, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 175.

(59) Rudolphi, a.a.O. (Anm. 51), Rn. 25.

(60) Rudolphi, a.a.O. (Anm. 51), Rn. 26.

(61) 後者の類型の分析については、vgl. Rudolphi, a.a.O. (Anm. 51), Rn. 29.

(62) Rudolphi, a.a.O. (Anm. 51), Rn. 26.

- (63) Rudolphi, a.a.O. (Anm. 51), Rn. 28.
- (64) 団藤・前掲注 (52) 105頁。
- (65) この点について、大塚仁「人格的行為論について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』（有斐閣、1983年）135頁以下参照。
- (66) 大塚・前掲注 (65) 137頁以下。
- (67) 福田平＝大塚仁『対談刑法総論（上）』（有斐閣、1986年）24頁以下〔大塚発言〕。
- (68) 日沖・前掲注 (52) 116頁以下。
- (69) Günther Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 26（上田健二＝浅田和茂訳「刑法上の行為概念」立命館法学227号（1993年）109頁以下）, ders., Akzessorietät Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 253.（松宮孝明＝豊田兼彦訳「従属性－共同組織化の前提条件について」立命館法学253号（1997年）197頁）Welzel, a.a.O. (Anm. 16), S. 503も「意味表現としての行為」という語を用いている。
- (70) Jakobs, a.a.O. (Anm. 69) [Handlung], S. 27（上田＝浅田訳110頁）, ders., a.a.O. (Anm. 69) [Akzessorietät], S. 261.（松宮＝豊田訳204頁）Schmidt, a.a.O. (Anm. 29), S. 75, Anm. 29も、行為の社会的意味の決定にあたっては、行為者の意思のみならず、結果の観点が重要であることを指摘するものであることは上述の通りである。
- (71) Jakobs, a.a.O. (Anm. 69) [Handlung], S. 28.（上田＝浅田訳111頁）
- (72) Jakobs, a.a.O. (Anm. 69) [Handlung], S. 35.（上田＝浅田訳116頁）
- (73) 行為概念をめぐる従来の見解が、人間の行為の一側面だけを強調したものであることを指摘するものとして、Kaufmann, a.a.O. (Anm. 49), S. 98（浅田訳44頁）。このような理解のもとに、上田健二「犯罪論体系における行為概念についての『反時代的考察』」『刑法理論の探究－中刑法理論の検討－中義勝先生古稀祝賀』（成文堂、1992年）62頁は、「行為の種ないし類的な規定要素－因果性、目的性、社会的意味性－を有機的に総合した、いわば『複合的行為概念』」を志向する。もっとも、これらの要素が担う判断をすべて行為論において行うべきかについては、疑問を留保しておきたい。
- (74) 梅崎進哉＝宗岡嗣郎『刑法学原論』144頁以下参照。
- (75) 山口・前掲注（5）55頁以下は、結果回避可能性の観点と法の期待の観点から次のようにいう。「結果回避可能性の判断にあたっては、現実に行った実行行為

〔中略〕に代えて、『法が期待する行為』〔中略〕『なすべき行為』を仮定する必要がある。〔中略〕『なすべき行為』として仮定されるのは、故意の作為による結果惹起（作為犯）の場合には単なる不作為（結果惹起に向けた一切の作為の不作為であり、実際に行った作為の不作為に加え、同じ結果を生じさせる作為の不作為もここに含まれる）であり〔中略〕、不作為による結果惹起（不作為犯）の場合には作為義務が肯定される作為である」〔傍点筆者〕と。狭義の行為の一括を社会的意味アプローチから説明するためには、このような理由付けが必要であろう。

(76) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 49), S. 114f. (浅田訳 61頁)

(77) 川口浩一「行為概念の説明機能」奈良法学会雑誌第9巻第1号(1996年)48頁以下、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣、1999年)158頁以下参照。

(78) 犯罪という文脈における行為の意味付けを問題とするものとして、石井・前掲注(14)5頁以下。

(79) 刑法の機能的考察については、平野龍一「刑法の機能的考察」『刑法の機能的考察』(有斐閣、1984年)1頁以下参照。

(80) 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、1972年)44頁。

(81) 平野龍一「現代における刑法の機能」『刑法の基礎』(東京大学出版会、1966年)111頁以下。

(82) 佐伯仁志「刑法の基礎理論」法学教室283頁(2004年)46頁。鈴木左斗志「刑法における結果帰責判断の構造—犯罪論の機能的考察」学習院大学法学部法学会雑誌38巻1号(2002年)124頁以下、128頁も参照。

(83) 井田良「目的的行為論と犯罪論の現在」『犯罪論の現在と目的的行為論』(成文堂、1995年)23頁。

(84) 井田・前掲注(18)10頁。

(85) 松原芳博「犯罪結果と刑法規範」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2002年)322頁以下。

(86) 井田・前掲注(18)46頁。井田・前掲注(83)20頁以下も参照。

(87) 拙稿・前掲注(3)157頁。

(88) もっとも、増田豊「規範論による行為無価値の目的論的・比例的縮小—比例の原則と不能犯・抽象的危険犯・過失犯の構造—」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2002年)294頁以下は、客観的危険性を行為規範発動の要件であると述べる。

(89) 井田・前掲注(18)8頁。

- (90) 松原・前掲注(85) 326頁。
- (91) 高山佳奈子「相当因果関係」『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）15頁以下。同旨、山口・前掲注(5) 42頁注(15)。
- (92) 高山・前掲注(77) 159頁以下。
- (93) この点について、井田・前掲注(18) 10頁参照。
- (94) もっとも、「狙って撃とう」という表現における「狙って」が他動詞であることから、高山教授の見解の趣旨が「その客体を狙って撃とう」ということであれば、すでに法益侵害を志向することが意思内容に含まれていることになる。そうであるならば、私見と高山教授の見解との違いは、「法益侵害を志向する行為意思」であることを明言するか否かの違いにすぎないともいえる。なお、佐伯仁志「違法性の判断」法学教室290号（2004年）63頁は、「人に向けてピストルの引き金を引く意思」であるとする。
- (95) Walter Grop, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, 4/78ff. は、刑法上重要な行為を「法的に保護された価値の妥当要求を無視することの表明」と解し、構成要件段階ではこの妥当要求の無視の表明が故意を担うとする。グロップの見解が、行為の問題にとって、法益侵害へ向けられた主観面が重要であるとする趣旨であれば、私見も賛成である。
- (96) 佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現について」法学政治学論究第63号（2004年）243頁以下は、「行為者が被害者を苦しめて殺害しようと思い、被害者の顔を水面に何度もつけて徐々に体力を奪った上で、二〇回目につけたときに被害者を窒息させて殺害しようと考えていたが、五回目のときに被害者の顔をながく水面につけ過ぎたために被害者が死亡してしまった。行為者は被害者の死亡に気づかず、その後も行為を継続した」という事案につき、行為を個別的に観察して、五回目の行為については傷害致死罪、二〇回目の行為については殺人未遂罪、四回目までは暴行罪または傷害罪とする結論は妥当でないと指摘する。その上で、「一定の範囲で行為を抽象化して考えなければなら」ず、被害者の顔を水面につけるという一連の行為を一体として把握し、このような一連の行為と故意が同時存在していればよいとせざるをえないとする。
- (97) なお、いわゆる量的過剰の事案においても、第一行為と第二行為を全体として考察して全体を過剰防衛とするか、両者を分断して別個の行為と見るかが争われるところ、その基準は明確でないと評価されている（豊田兼彦「判批」法学セミナー645号（2008年）131頁）。例えば、最決平成20年6月25日判タ1272号67頁のように、

第一行為と第二行為が行われたが、侵害の継続性および防衛の意思の有無という点で両者の間に性質の違い(断絶)があるとされる事例について、本稿の立場から解決の方向性のみを示唆すれば、次のようになる。すなわち、防衛の意思が行為者の主観的意味付けに影響を与えたとした場合、防衛の意思を持って行われた行為と、防衛の意思が放棄された後で故意によって行われた行為とは、行為者の与えた意味が異なるのであるから、両者は別個に特定されることになり、それぞれについて正当防衛の要件を検討すべきことになる、と。もっとも、量的過剰に関する全面的な検討は今後の課題としたい。

- (98) 板倉宏「早すぎた構成要件の実現」日本大学法科大学院法務研究第2号(2006年)15頁。福田平『『早すぎた構成要件の実現』について』『刑法解釈学の諸問題』(有斐閣、2007年)81頁は、いずれの行為も、客観的に被害者の死亡結果を惹起する現実的危険性のある行為であること、両者の間に時間的場所的近接性が存在することに加えて、行為者の意思から見て、両者は被害者の死亡という結果に向けられた行為として密接に結びついていることから、第一行為と第二行為を一体と見る、とする。
- (99) Günther Jakobs, Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufs-hypothese im Strafrecht, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 66f. (松生光正訳「危険競合—刑法における侵害経過と経過仮定」姫路法学第8号(1991年)168頁以下)は、ゴンドラに荷物が放り込まれて、エレベーターの鋼索が切れ、ゴンドラが墜落し、人を傷害するという事例において、鋼索が損傷を受けており、かつ放り込まれた荷物が最大荷重より著しく重かったという例を挙げ、「危険が既に完全に条件付けられている〔中略〕ときに、もう一度充分な程度の条件が付け加えられる」場合には、規範はもはや財を保護しえないとする。すなわち、後行行為(最大荷重以上の荷物の積み込み)を禁止する規範は、結果回避のためには寄与しないのである(Andreas Hoyer, Überbedingte Erfolge, in: Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 177)。結果発生前においても、結果回避にとって規範が有効でない場合を認めるのであれば、結果が発生した後においては、なおさら規範が有効でない場面が認められることになるように思われる。
- (100) 奥村・前掲注(1)553頁。林幹人「早過ぎた結果の発生」判例時報1869号(2004年)5頁も参照。もっとも、平木・前掲注(1)『最判解』175頁は、本決定を「第1行為と第2行為を1個の実行行為と評価したもの」とであるとする。

- (101) 松原芳博「演習」法学教室322号（2007年）166頁参照。
- (102) 名古屋高判平成19年2月16日判タ1247号342頁は、このように理解したものと
いえよう。
- (103) 金澤・前掲注（1）「判批」75頁は、行為計画の考慮が、実行の着手と本質的
に関係するかについて疑問を提起する。
- (104) 千葉地判平成14年2月5日判タ1105号284頁。
- (105) 東京高判平成15年6月26日刑集59巻6号450頁。
- (106) Schmidt, a.a.O. (Anm. 29), S. 75, Anm. 29.
- (107) Hellmuth Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, S. 44.
- (108) Welzel, a.a.O. (Anm. 19), S. 11f.（福田＝大塚訳16頁以下）もっとも、本引用
に明らかなように、ヴェルツェルも行為の社会的意味の決定にあたって結果を考慮
し、Schmidt, a.a.O. (Anm. 29), S. 75, Anm. 29も社会的意味の決定にあたって意
思を考慮するのであるから、両者の実際の対立は大きなものではないように思われ
る。
- (109) 構成主義と類似した概念として、「構築主義」という概念が存在するが、徳安
彰「システム理論の構成主義的意味論」社会・経済システム第16号（1997年）115
頁によれば、構築主義は現象学的社会学に由来する枠組であるのに対して、構成主
義はシステム理論やサイバネティクス由来の枠組であり、両者は、共通点を有しつ
つも異なるものであるとされている。以下で参照する北田暁大准教授の見解は、ニ
クラス・ルーマンの行為理論に依拠することから、系譜の上では構成主義の理論で
あることになる。しかし、①北田暁大『責任と正義 リベラリズムの居場所』（勁
草書房、2003年）33頁が、「構成（構築）主義的な行為理論」という言葉を用いて
いること、②同時に参照する北田暁大「〈構築されざるもの〉の権利をめぐる一
歴史的構築主義と実在論」上野千鶴子編『構築主義とは何か』（勁草書房、2001年）
255頁以下では、「構築主義」という言葉が用いられていること、および③渡會知子
『『構築主義論争』再考—ラディカル構成主義を手がかりに—』ソシオロジ第49巻1
号（2004年）35頁注④によれば、構成主義と構築主義は「対象を把握する側」に関
心を向ける点では共通しつつも、前者が「観察しているもの」としての観察者を出
発点とするのに対して、後者が「クレイム申立て人」としての「観察された観察
者」を第一義的に扱う点に両者の差異が認められるが、北田准教授の見解もまた異
議申立て人による行為記述を基礎に展開されていること、という三点において、構
築主義との類似性も認められる（なお、構築主義における「クレイム申立て」と

は、「人が何らかの社会的な場で実際に、くまずい、不都合な、悪い、困った、やっかいな、容認しがたい、もしくは、ほうっておけない出来事や行動や状態があり、そのことについて社会的な解決の試みがなされるべきだ(あるいはそうした試みをしてほしい)」と主張したり、要請したり、要求したり、苦情をいったり、告発したり、呼びかけをしたりすること」を指す。中河伸俊『社会問題の社会学 構築主義アプローチの新展開』(世界思想社、1999年)23頁)。

(110) 北田・前掲注(109)『責任と正義』38頁。

(111) 北田・前掲注(109)「構築されざるもの」255頁。

(112) 北田・前掲注(109)『責任と正義』37頁以下。

(113) 北田・前掲注(109)『責任と正義』39頁以下。

(114) 北田・前掲注(109)「構築されざるもの」258頁。

(115) 北田・前掲注(109)「構築されざるもの」258頁以下によれば、ラディカルな構築主義は出来事eの非実在論を含意するが、同261頁以下によれば、多くの歴史的構築主義論者は、外部実在論を容認ないし括弧に入れて、「eが存在する／しないの判断については態度を留保する」という程度にその理論を弱めているとする。

(116) 北田・前掲注(109)「構築されざるもの」266頁。

(117) 北田・前掲注(109)『責任と正義』20頁、27頁。

(118) 北田・前掲注(109)『責任と正義』75頁。

(119) もっとも、北田准教授の主張は、行為記述を、相手の行為に異議を申し立て、行為者の応答を要請する振る舞いとして考えるものであり(北田・前掲注(109)『責任と正義』49頁)、行為記述が一つでも提示されれば、責任は一応発生するとするものである(同55頁)。このような「強い」責任理論では、法的観点から、観察者の異議申し立てを封殺することの問題性が指摘されることになる(同51頁、53頁)。

(120) 増田豊「人格的不法論と責任説の規範論的基礎」法律論叢第49巻第6号(1977年)139頁以下。

(121) 井田・前掲注(18)231頁。

(122) 松原芳博『犯罪概念と可罰性』(成文堂、1997年)194頁。この批判自体は一元的行為無価値論に対して向けられたものであるが、二元的行為無価値論も行為規範を問題とする以上、行為規範違反の点については同様の批判を向けられる。

(123) この点を指摘するものとして、中義勝「刑法における行為の概念」刑法雑誌第4巻第4号(1954年)483頁以下参照。

- (124) 本稿の主題は問責対象行為の特定であり、違法と責任の区別問題についての十分な回答の準備は筆者にはない。本文中の記述は、現時点での試論に留まる。
- (125) すでに、Welzel, a.a.O. (Anm. 22), S. 718が、決意から意思の刺激を経て結果へと至る事象が、意味設定性の契機によってそれ以外の因果的事象から強調される「設定された意味統一」であることを指摘している。また、Hirsch, a.a.O. (Anm. 25), S. 251は、故意によって包摂された結果は当該行為と既遂犯の行為無価値の構成要素であるとする。
- (126) 行為規範論からは、結果を客観的処罰条件とするのが一貫しており、不法要素とすることは不法概念の統一性を失わせるものであって、規範論理的に誤っていると批判するものとして、曾根威彦「二元的人的不法論と犯罪結果」『刑事違法論の研究』（成文堂、1998年）29頁以下、松原・前掲注（122）211頁以下。
- (127) 結果の体系的地位の問題を、行為規範以外の規範の観点を取り入れることで説明するものとして、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）54頁以下、59頁（保障規範）、高橋則夫「刑法における行為規範と制裁規範」『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）19頁（制裁規範）。

（本稿は、2008年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号2008A-813）による研究成果の一部である。）

[追記]

校正段階で、佐藤拓磨「実行の着手と行為者主観との関係について」『慶應の法律学 刑事法—慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集』（慶應義塾大学出版会、2008年）111頁以下に接した。